Sujet : la notion d'investissement dans les conventions bilatérales et multilatérales ainsi que dans la jurisprudence arbitrale.

L'article 12 de la Charte de la Havane énonçait que l'investissement international contribuait au développement économique, à la reconstruction et au progrès social.
Ce concept d'investissement d'essence économique, qui constitue une opération qui s'oppose à l'acte de consommation car elle suppose un apport et une durée à raison de son objectif de production, s'est vue non seulement précipité dans le discours juridique du fait de l'internationalisation de l'activité économique mais y a pris une place prépondérante. En effet la reconstruction de l'ordre économique libéral consécutif à la seconde guerre mondiale devait se faire dans un cadre juridique international renouvelé, assujetissant les droits nationaux au droit itnernational, et il était impossible de ne pas s'intéresser aux investissments qui entre 1986 et 1990 ont enregistré une hausse annuelle de près de 30%, hausse qui s'est accélérée durant la décénnie 90. Cette reconstruction de l'ordre économique passait donc par la promotion de l'investissement avec la reconnaissance de la liberté d'investir.
Cependant cette notion a semé le trouble dans le domaine juridique, notamment quant à la définiton qui devait lui être attribuée. La difficulté réside dans le fait qu'il n'existe non pas une définition mais de multiples définition aussi bien en droit interne, où chaque Etat a sa propre définition et réglementation, mais également en droit international caractérisé lui aussi par une absence d'unicité qui s'explique par les objectifs contradictoires : protection de l'investissement ou favoriser la mobilité de l'investissement.
Dans un premier temps on aurait pu penser à tranposer la définition économique de l'investissement dans le cadre juridique cependant les juristes ont luttés contre cette facilité. Pour ces derniers cela reviendrait à ne pas tenir compte de la fonction du droit qui se situe dans l'ordre normatif et non positif. L'objet du droit international de l'investissement est de permettre aux acteurs économiques de bénéficier de droit et de devoirs dont le contenu est précisé par les instruments qui les régissent, dès lors la définition s'infléchira en fonction de l'objet et du but que poursuivent ces instruments.
Les sources les plus abouties dans l'élaboration d'une définition juridique sont internationales on trouve parmis ces sources les conventions qu'elles soient bilatérales ou multilatérales mais également dans la jurisprudence arbitrale.

La question est de savoir qu'elle définition de l'investissement ces sources consacrent.

Pour tenter de répondre à cette question nous verrons dans une première partie comment le droit à appréhender cette notion (I) mais nous verrons dans une seconde partie qu'il faut prendre conscience du caractère évolutif de la notion et donc de l'adaptation constante du droit à ce concept.(II)

I La vision juridique de la notion d'investissement.

Par la lecture des différentes conventions bilatérales et multilatérales relatifs à l'investissement ainsi que de la jurisprudence arbitrale, on parvient à distinguer une définition juridique possible de la notion d'investissement à travers deux axes. Ces deux axes sont la forme del'investissement (A) et les éléments et effets de l'investissement (B)

A les formes de l'investissement.

L'investissement peut se presenter sous deux formes:

- Type sociétaire : le flux représentatif de l'investissement se traduit le plus souvent par un apport. Que ce soit le code OCDE, ou la directive européenne 88-361 du 24/06/88 ou l'article 12 de la convention de Séoul de 1985 instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissement, ou encore dans la jurisprudence arbitrale (Ex Salini c./ Royaume du Maroc) la notion d'apport est présente. Cet apport peut être définit comme « les actions, primes d'émissions et autres formes de particpation même minoritaire ou indirects aux sociétés constitutives du capital de la firme de l'investisseur.» article 1er de l'accord franco-vietnamien de 1992. Cette définition se retrouve également dans le conventions types américaines.

- Type contractuel : dans un contexte hostile à l'investissement international le contrat peut permettre la réalisation d'investissement. En effet les qualifications juridiques auxquelles le contrat se prête grâce à l'autonomie de la volonté peuvent servir à un habillage plus subtil,(ex : cotnrat d'association, de coopération) où l'investisseur devient une simple partie contractante et non un propriétaire d'actif. L'investisseur contractant peut alors bénéficier de la grande souplesse qu'offre ce contrat et s'adapter à la planification de l'investissement.

B les éléments et effets de l'investissement.

On fait référence ici aux éléments qui permettent la réalisation de l'investissement et des effets qui doivent résulter de son exploitation.
Dans un certains nombre de conventions à l'image de la Convention de Séoul, de la directive européenne de 88 et du code OCDE ou encore de la jurisprudence arbitrale les éléments constitutifs de l'investissement se matérialise dans les apports en capital si dans un premier temps on pense directement au apport en numéraire il convient d'y intégrer également les apports en nature. En effet il convient de rendre compte des réalités actuelles de l'investissement et notamment de la place prise par l'investissement immatériel dans l'activité économique en même temps que prévenir toutes contestations sur le contenu du concept de biens et de droit. Il s'agit donc non pas d'un apport en capital restreint ou seul apport en numéraire mais un apport en capital constitué aussi bien d'un apport en numéraire qu'en nature. On trouve dans cette notion d'apport aussi bien

les meubles que les immeubles et les droit réels qui s’y attachent, ou encore les biens corporels et incorporels.

D’autre part l’investisseur doit supporter les effets de l’opération. En effet il est prévu que l’apport doit permettre d’établir des liens durables (pas nécessairement juridique) entre l’investisseur et l’entité exerçant l’activité économique et que ces liens permettent d’exercer une réelle influence sur la gestion de l’entreprise, l’investisseur pouvant ainsi supporter au moins partiellement les aléas de l’entreprise. Ces dernières conditions permettent de promouvoir les opérations de moyen et long terme et rejetté toutes les opérations purement spéculatives.

Transition : S’il est vrai que le droit des investissement dans les accords internationaux donne une liste des éléments participants de l’investissement encore faut il noter qu’il s’agit d’une liste à caractère indicatif et non pas exhaustif. Ainsi on peut être étonné par l’extensibilité de la notion qui s’explique par des considérations d’orde économique et juridique. Cette même constatation va conduire certaines rédacteurs à ne pas prévoir de définition de l’investissement afin de ne pas restreindre la notion et laissé le choix du contenu de la notion aux arbitres.

II L’évolution permanente de la notion d’investissement.

Le concept d’investissement reste une composante majeur de l’économie, en tant que telle elle est vouée à une évolution permanente en accord avec le système économique (A), ce qui remet en cause l’un des objectifs d’une définition juridique de ce concept à savoir la prévisibilité et la sécurité juridique des investisseurs ce qui donne lieu a de nombreux débats et revirement de jurisprudence.(B)

A une notion évolutive.

Si l’on admet qu’un investissement constitue une opération réalisée par un agent économique consistant à obtenir des biens matériels ou immatériels et qui doit en principe aboutir à une augmentation du capital de cet agent on ne peut raisonnablement dans le cadre de l’élaboration d’une définition de la notion d’investissement ignorer l’évolution des données économiques qui poussent à l’innovation des productions de biens et de services. Une approche statique de la notion ne serait pas simplement contreproductive, elle serait selon certain irréelle. C’est notamment cette constatation qui a rendu le projet d’établissement d’un accord sur les investissement impossible dans le cadre de l’OCDE.

C’est également ce raisonnement qui a poussé semble t’il certains rédacteurs de convention, à l’instar des rédacteurs de la Convention de Washington de 1965, a omettre volontairement de consacrer une définition de l’investissement. Cela s’explique dans la mesure où d’une part une définition exhaustive aurait interdit toute prise en compte d’une évolution du contenu de la notion d’investissement et qui aurait ainsi réduit le champ de

compétence. D'autre pas cette omission visait à ouvrir la Convention au plus grand nombre d'États possible, en permettant aux plus réticents d'entre eux d'y adhérer avec une réserve, notifiée au CIRDI, qui réduit la compétence de celui-ci sur le contenu de l'investissement.

B une notion au coeur des débats juridiques.

L'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des différents en matière d'investissement international, les modes de règlement classique par une juridiction nationale se trouvant peut adapter. C'est au sein de cet arbitrage que l'on peut suivre l'évolution constante de la notion et des débats qui en résultent.
Et c'est surtout par l'intermédiaire des arbitres de la CIRDI principal organe de règlements des différents relatifs aux investissements que les efforts pour apporter une solution cohérente et partagé par tous ont été les plus significatifs.

La question de la définition de l'investissement fut soulevée par une partie pour la première fois dans la sentence Fedax c./ Venezuela en 1997. Le tribunal a porcédé en deux étapes, schéma de raisonnement repris par la suite pour tous les arrêts relatifs aux investissements. Dans un permier temps il va examiner si le concept en cause était bien un investissement au sens de la convention bilatérale (ou au sens de la convention multilatérale). Dans un second temps il examine si le concept était bien un investissement au sens de l'article 25 de la convention de Washington, même si la notion n'est pas définie dans cette dernière. En se référant à l'article 25 de la Convention de Washington les arbitres ont trouvés le moyen de réduire la portée excessive de la définition qui résultents des accords bilatéraux.

Au fil de la jurisprudence (Ex Salini c./ Royaume du Maroc) le tribunal va tenter de dégager des éléments caractéristiques de l'investissement, on en rencontre quatre :un apport, une durée minimale d'excécution , une participation aux risques de l'opération et une nouveté que l'on ne trouve que dans la jurisprudence une contribution au développement de l'Etat d'acceuil. C'est ce dernier élément qui va poser problème les sentences Joy Mining c./ république arabe d'Egypte et Lessi Dipenta c./ République démocratique et populaire d'Algérie et LESI spa et Astaldi c./ République démocratique et populaire d'Algérie considérant cette condition comme non nécessaire.
Cette contradiction de la jurisprudence refléte la difficulté d'établir une définition cohérente de la notion d'investissement et risque fort de paralyser ce concept ainsi défini. Les arbitres devrait donc se contenter d'étudier au cas par cas les situations et ne pas définir la notion, même si une définition communément partagée permettrait de stimuler les investissement grâce à la sécurité juridique qu'un tel ouvrage apporterait.